

AGRÉMENT

Textes	19
Intérêt	20
Notion.....	20
Utilité ?.....	20
Cas des agréments légaux.....	21
Validité	22
Nécessité d'un intérêt juridique.....	22
Au regard du droit de la concurrence.....	23
Au regard de la prohibition de clauses restrictives de cessibilité.....	23
Efficacité	24
Effet.....	24
Renonciation.....	24
Contrôle judiciaire du refus d'agrément.....	24
Sanctions.....	25
Rédaction	26
Indications bibliographiques	27

Textes

Les textes relatifs à la question organisent un agrément légal.

L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8 (bail d'habitation)

« Le locataire ne peut ni céder le contrat de location ni sous-louer le logement sauf avec l'accord écrit du bailleur, y compris sur le prix du loyer (...). »

C. rur. pêche marit., art. L. 411-35 (bail rural)

« (...) nonobstant les dispositions de l'article 1717 du Code civil, toute cession de bail est interdite, sauf si la cession est consentie, avec l'agrément du bailleur, au profit du conjoint ou du partenaire d'un pacte civil de solidarité du preneur participant à l'exploitation ou aux descendants du preneur ayant atteint l'âge de la majorité ou ayant été émancipés (...). »

C. civ., art. 595, al. 4 (bail consenti par l'usufruitier)

« L'usufruitier ne peut, sans le concours du nu-proprétaire, donner à bail un fonds rural ou un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal (...). »

C. com., art. L. 145-16, al. 1^{er} (bail commercial)

« Sont également réputées non écrites, quelle qu'en soit la forme, les conventions tendant à interdire au locataire de céder son bail ou les droits qu'il tient du présent chapitre à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise. »

L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 3 (sous-traitance)

« L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage (...). »

Intérêt

Notion

Conçue de manière large, la clause d'agrément permet à son bénéficiaire de contrôler certains contrats que pourrait être amené à conclure son cocontractant avec autrui. Elle a donc pour objet de soumettre la perfection d'un contrat à l'autorisation d'un tiers, le bénéficiaire de la clause.

Distinction des clauses d'interdiction et d'agrément

De ce point de vue, on peut hésiter à faire une distinction entre les clauses rédigées de telle manière qu'elles interdisent de passer le contrat et celles qui, sans l'interdire, soumettent le contrat à agrément. En effet, même dans le premier cas, on admet que celui au profit de qui a été stipulée l'interdiction puisse en décharger le débiteur en l'autorisant à passer le contrat normalement prohibé : il n'y a là qu'une renonciation à un droit, parfaitement possible. La jurisprudence donne cependant parfois une portée véritable à la distinction, afin notamment de cantonner le réputé non écrit visé par l'article L. 145-16 du Code de commerce aux seules clauses par lesquelles le bailleur interdit au locataire commerçant de céder son bail, et valider ainsi pleinement les simples clauses d'agrément (V. *infra*, *Validité*). La distinction entre l'agrément et l'interdiction pourrait être que, tandis que le premier ne pourrait jamais être totalement discrétionnaire, la levée de la seconde resterait toujours au bon vouloir de l'intéressé. Mais il ne semble pas que l'agrément ne puisse être stipulé discrétionnaire (*infra*).

Utilité ?

En théorie, la clause d'agrément pourrait être utilisée très largement, pour soumettre à autorisation n'importe quel type de contrat. Il semble cependant qu'au regard du principe de liberté contractuelle, elle ne soit valable qu'à condition que l'agrément puisse justifier d'un intérêt juridique suffisant à l'insertion d'une telle clause (*infra*). Personne ne peut, sans justes raisons, s'arroger le droit de brider la liberté contractuelle d'autrui.

Intérêt en cas de cession de contrat

Si bien qu'en pratique, la clause d'agrément ne se rencontre guère que dans les contrats à exécution successive pour le cas où le débiteur entendrait se substituer quelqu'un dans l'exécution de ses obligations. Cette substitution étant simplifiée dans le cadre du contrat de société, puisqu'il suffit de céder les titres sociaux pour devenir partie à ce contrat, c'est naturellement en ce domaine qu'elle s'est développée, où elle obéit alors à un réel particularisme en raison d'un fort encadrement légal (V. *Clause d'agrément [société]*). Hors de ce cas de figure, la Cour de cassation a posé comme principe que la cession de contrat n'est possible qu'avec le consentement du cédé avant que le Code civil ne consacre cette solution (C. civ., art. 1216. – V. *Clause de substitution*). La clause d'agrément ne semble donc d'aucun intérêt au regard de ce principe jurisprudentiel : à quoi bon préciser que le débiteur ne pourra se substituer un tiers dans l'exécution du contrat sans l'agrément du créancier puisque cette solution a déjà cours en l'absence de toute clause ?

La clause d'agrément peut malgré tout conserver un intérêt dans ce domaine afin de préciser les modalités procédurales d'agrément. Au-delà, certains auteurs soutiennent que, tandis qu'en l'absence de clause le refus d'agrément est discrétionnaire et n'a pas à être motivé, l'insertion d'une clause d'agrément induit nécessairement l'obligation pour le créancier d'avoir à motiver son refus. La clause constituerait donc de ce point de vue une garantie non pour le cédé (alors qu'elle est perçue comme telle), mais bien pour le cédant et le cessionnaire. Mais des précautions de rédaction peuvent éviter ce problème (*infra*), et d'ailleurs, la jurisprudence ne paraît pas en ce sens.

Intérêt en cas de transmission universelle

Il est pareillement utile de prévoir l'agrément du créancier pour faire obstacle à un transfert du contrat résultant d'une transmission universelle, notamment en cas de fusion-absorption du débiteur (*Cass. com.*, 13 déc. 2005, n° 03-16.878 : *Bull. civ.* 2005, IV, n° 255 ; *JCP G* 2006, II, 10103, note *Hovasse*). En l'espèce, la clause, stipulée dans un contrat expressément revêtu d'un caractère intuitu personae, se contentait d'interdire le transfert ou la cession totale ou partielle du contrat sans l'agrément du créancier et a été déclarée applicable à la fusion-absorption du débiteur. – *Comp. cpdt*, en matière de clause d'agrément relative à la cession de bail commercial : *Cass. 3^e civ.*, 20 avr. 2003, n° 01-16.697 : *Bull. civ.* 2003, III, n° 88 ; *Deffrénois* 2004, art. 37969, p. 894, obs. *Honorat*).

Intérêt en cas de changement de contrôle d'un contractant

Il reste un domaine où la clause d'agrément est particulièrement utile, celle d'un changement de contrôle de la société contractante. Juridiquement, une telle cession de contrôle ne peut être assimilée à un changement de contractant puisque la personnalité juridique du cocontractant reste inchangée (*Cass. com.*, 15 janv. 1991, n° 89-12.537). La clause d'agrément peut donc avoir pour finalité de conditionner le maintien d'un lien contractuel à l'acceptation par le créancier du changement de contrôle de la société débitrice (*par ex.* *Cass. com.*, 2 juill. 2002, n° 01-12.685 : *Bull. civ.* 2002, IV, n° 113 ; *D.* 2003, p. 93, note *Mazeaud* ; *RDC* 2003, p. 50, obs. *Stoffel-Munck* ; *JCP G* 2003, II, 10023, note *Mainguy* ; *RTD civ.* 2002, p. 810, obs. *Mestre et Fages*).

Cas des agréments légaux

Si la clause d'agrément n'a guère d'intérêt lorsque la loi prévoit un agrément *ad validitatem*, elle demeure utile lorsque cet agrément légal n'est requis que comme condition d'efficacité de l'acte.

Agrément légal, condition de validité de l'acte

La clause d'agrément ne présente pas d'utilité lorsqu'un agrément est requis par la loi comme condition de validité de l'acte conclu. Ainsi, la cession du bail d'habitation n'est possible qu'avec l'accord écrit du bailleur (*L. n° 89-462*, 6 juill. 1989, art. 8), et il en va de même pour un bail rural (*C. rur. pêche marit.*, art. L. 411-35). Pareillement, l'usufruitier ne peut consentir un bail rural ou commercial sur l'immeuble qu'à condition d'obtenir l'agrément du nu-propriétaire (*C. civ.*, art. 595, al. 4).

Agrément légal, condition d'efficacité de l'acte

Dans d'autres cas, l'agrément légal n'a pas pour effet de rendre la cession ou la substitution licite mais seulement d'en étendre les effets. Ainsi en matière de mandat, l'agrément du mandant ne porte pas en principe sur la possibilité de se substituer autrui mais sur les effets d'une telle substitution : le mandataire qui se substitue autrui avec l'autorisation du mandant cesse d'être responsable de la mauvaise exécution du mandat. La clause d'agrément stipulée dans le mandat conserve alors son intérêt lorsque le mandant entend soumettre la validité même de la substitution à son accord. De même, en l'absence d'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, le contrat de sous-traitance n'est pas nul mais l'entrepreneur principal ne peut s'en prévaloir à l'encontre du sous-traitant pour lui imposer le respect du contrat (L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 3, al. 2. – Cass. com., 4 juill. 1989, n° 87-18.448 : Bull. civ. 1989, IV, n° 212) et le sous-traitant ne peut agir en paiement direct contre le maître de l'ouvrage (Cass. 3^e civ., 1^{er} avr. 1992, n° 90-18.868 : Bull. civ. 1992, III, n° 110). En raison du caractère d'ordre public de cette loi (art. 15), les parties ne pourraient cependant pas valablement décider de soumettre la validité même du sous-traité à l'accord du maître de l'ouvrage.

Validité

Nécessité d'un intérêt juridique

La clause d'agrément heurte de front le principe de liberté contractuelle, qui rend chacun libre de conclure les contrats qu'il souhaite. Il faut dès lors considérer qu'un individu ne peut valablement aliéner sa liberté de contracter et la soumettre au bon vouloir du bénéficiaire de la clause d'agrément, sans que celui-ci y trouve un intérêt juridique particulièrement légitime.

Ainsi, les clauses qui soumettent à l'agrément d'un tiers les contrats par lesquels un propriétaire entendrait céder un bien lui appartenant doivent être assimilées à des clauses d'inaliénabilité, lesquelles ne sont valables qu'à de strictes conditions (*V. ce mot*). De même, la clause par laquelle un individu s'engagerait à solliciter l'agrément d'un tiers pour exercer telle ou telle activité susceptible de lui faire concurrence n'est rien d'autre qu'une clause de non-concurrence (*V. ce mot*), strictement encadrée. Dans ces deux cas de figure, clauses de non-concurrence et clauses d'inaliénabilité, la jurisprudence n'admet leur validité que si elles sont justifiées par l'intérêt légitime du bénéficiaire.

En dehors de ces cas, on peut penser qu'un tel intérêt n'existera qu'à condition que le contrat soumis à agrément ait pour effet de l'obliger directement, en permettant au tiers de devenir titulaire de droits à son égard. L'hypothèse la plus courante est donc celle de la cession de contrat (*V. Clause de substitution*). La clause d'agrément tire ici une légitimité suffisante de l'importance généralement donnée à la personne du cocontractant, importance que la clause contribue d'ailleurs à révéler, conférant une dimension *intuitu personae* au contrat. Elle le sera aussi en dehors de toute idée de cession lorsque

le contrat passé avec le tiers est susceptible d'obliger à terme celui de qui l'agrément est requis : c'est le cas de l'usufruitier consentant un bail ordinaire sur l'immeuble, parce qu'un tel bail restera opposable au nu-propiétaire à la fin de l'usufruit dans les conditions prévues à l'article 595, alinéa 2, du Code civil. De même, le bailleur d'un local commercial peut valablement soumettre à son agrément la sous-location des lieux (*Cass. 3^e civ.*, 12 janv. 2005, n° 03-19.284) ou le recours à la location-gérance (*Cass. 1^{re} civ.*, 7 janv. 1992, n° 90-15.857). Bien qu'il n'y ait ici nul transfert du bail au locataire-gérant, il n'en demeure pas moins que ce dernier est tenu d'en respecter les clauses : c'est lui qui en pratique occupera les lieux appartenant au bailleur, ce qui suffit à caractériser l'intérêt qu'il peut avoir à soumettre la location-gérance à son agrément.

Au regard du droit de la concurrence

La clause d'agrément stipulée dans un contrat de franchise en cas de cession de celui-ci est valable au regard du droit de la concurrence : elle n'est pas restrictive de concurrence au sens de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne interdisant les ententes dès lors qu'elle « tend à éviter que le bénéfice du savoir-faire et de l'assistance apportée aille indirectement à un concurrent » (*CJCE*, 28 janv. 1986, *aff.* 161/84, *Pronuptia* ; *Rec. CJCE* 1986, p. 353, *att.* n° 16. – *CA Paris*, 21 sept. 2005 : *LPA* 9 nov. 2006, p. 31).

Au regard de la prohibition de clauses restrictives de cessibilité

La validité de la clause d'agrément paraît pouvoir se heurter à certains textes prohibant toute stipulation contractuelle de nature à interdire la cessibilité d'un contrat. Ainsi, l'article L. 145-16 du Code de commerce répute non écrites, quelle qu'en soit la forme, les clauses tendant à interdire au locataire commerçant de céder son bail à l'acquéreur du fonds de commerce. On peut se demander si une clause qui, sans l'interdire, se contenterait de soumettre une telle cession à l'agrément du bailleur, doit être ou non réputée non écrite. Donnant à ce texte une portée étroite, la Cour de cassation a considéré que de telles clauses d'agrément sont valides (*Cass. 3^e civ.*, 2 oct. 2002, n° 01-02.035 : *Bull. civ.* 2002, III, n° 192 ; *D.* 2002, p. 2943, *obs.* Rouquet. – *Cass. 3^e civ.*, 14 avr. 1982, n° 80-14.693. – *Cass. 1^{re} civ.*, 17 févr. 1971, n° 69-10.310 : *Bull. civ.* 1971, I, n° 52 ; *Deffrénois* 1971, art. 30005, n° 88, *obs.* Aubert. – *En revanche, la clause d'agrément ne saurait être efficace en cas d'apport partiel d'actif ou de fusion incluant le bail commercial* : *Cass. 3^e civ.*, 20 avr. 2003, n° 01-16.697 : *Bull. civ.* 2003, III, n° 88 ; *Deffrénois* 2004, art. 37969, p. 894, *obs.* Honorat), même si leur efficacité sera réduite en raison de la possibilité d'un agrément judiciaire supplétif (*infra*). La solution est différente pour un bail à construction : la Cour de cassation déduit en effet du droit réel reconnu au preneur une liberté de cession qui s'oppose à la validité des clauses soumettant cette cession à l'agrément du bailleur (*Cass. 3^e civ.*, 24 sept. 2014, n° 13-22.357 : *Bull. civ.* 2014, III, n° 111 ; *RTD civ.* 2015, p. 163, *obs.* Dross ; *Rev. Lamy dr. civ. nov.* 2014, p. 16 ; *RDC* 2015, p. 364, *obs.* Tadros ; *LPA* 30 mars 2015, p. 7, *obs.* Leprince).

Effacité

Effet

La clause d'agrément n'a pas pour effet de faire de celui qui agrée le contrat une partie à celui-ci. Il ne consent pas à l'acte mais l'autorise seulement. Par suite, l'action en nullité du contrat ne saurait être dirigée contre lui sous peine d'irrecevabilité (à propos d'un bail : Cass. 3^e civ., 25 mars 1992, n° 89-20.411 : Bull. civ. 1992, III, n° 100).

Renonciation

La renonciation à la clause d'agrément, comme toute renonciation à un droit, ne se présume pas (Cass. 3^e civ., 12 oct. 2010, n° 09-16.989 : AJDI 2011, p. 281, obs. Blatter).

Contrôle judiciaire du refus d'agrément

Contrôle judiciaire des motifs du refus d'agrément

La Cour de cassation se contente d'un contrôle minimum : le refus d'agrément reste discrétionnaire, ce qui dispense l'agréant d'avoir à fournir un quelconque motif, à moins que la clause ne l'y oblige. Si, dans un arrêt de 2002, la Cour de cassation a considéré que le cédé devait motiver son refus d'agrément, sa décision semble fondée sur la rédaction de la clause qui stipulait que « le concessionnaire doit obtenir l'approbation préalable du concédant pour tout changement proposé dans la participation du capital des propriétaires de la concession, à charge pour le concédant d'examiner équitablement et avec tout le soin requis le changement proposé et de communiquer rapidement sa décision au concessionnaire » (Cass. com., 2 juill. 2002, n° 01-12.685 : Bull. civ. 2002, IV, n° 113 ; D. 2002, p. 93, note Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 811, obs. Mestre et Fages ; RDC 2003, p. 50, obs. Stoffel-Munck. – Adde, Cass. com., 4 déc. 2002, n° 00-21.390). Mais même dans ce cas, la cour n'a pas imposé d'obligation de motivation *ab initio* et a considéré que la preuve des motifs légitimes ayant justifié le refus d'agrément pouvait être valablement apportée en cours d'instance.

En l'absence d'une telle clause, seul l'abus de droit peut être sanctionné (pour un refus abusif d'agrément d'un sous-traitant : Cass. 3^e civ., 2 févr. 2005, n° 03-15.482 : Bull. civ. 2005, III, n° 24. – Cass. 3^e civ., 10 févr. 2009, n° 08-11.818 : RDC 2009, p. 1132, obs. Puig. – Pour le refus d'agrément abusif du successeur d'un médecin dans une clinique : Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 1992, n° 91-11.682. – L'abus de droit ne joue pas en revanche lorsque le refus d'agrément est compensé par une indemnité, comme le prévoit le statut d'agent commercial [C. com., art. L. 134-12] : Cass. 1^{re} civ., 3 oct. 1967, aff. Leuret : Bull. civ. 1967, I, n° 271), abus sur la preuve duquel la Cour de cassation se montre très exigeante (Cass. com., 5 oct. 2004, n° 02-17.338 : Bull. civ. 2004, IV, n° 181 ; RTD civ. 2005, p. 127, obs. Mestre et Fages : cassation de la décision des juges du fond qui avaient conclu à un abus de la part du concédant, celui-ci ayant refusé son agrément non pour empêcher la cession à un repreneur jugé indésirable mais pour faire pression sur le concessionnaire afin qu'il accorde une diminution du prix de la concession à ce repreneur pressenti et désiré). La simple mauvaise foi n'est pas

suffisante pour caractériser l'abus du refus d'agrément (Cass. 3^e civ., 9 déc. 2009, n° 04-19.923 : Bull. civ. 2009, III, n° 275 ; D. 2010, p. 476, note Billemont, p. 1103, obs. Monge. En l'espèce, la clause prévoyait que la cession du bail commercial ne pourrait avoir lieu qu'accessoirement à celle du fonds de commerce régulièrement exploité dans les lieux. Le bailleur s'était opposé à la cession du bail indépendante de celle du fonds de commerce autorisée par le liquidateur. Les juges du fond avaient estimé cette opposition non fondée. Selon eux, le gérant de la SCI bailleur étant gérant de fait de la société preneur, il ne pouvait ignorer l'absence d'exploitation commerciale dans les lieux loués et en avaient donc déduit que sa mauvaise foi lui interdisait de refuser d'agréer la cession. La décision est cassée au motif que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties »).

On observera enfin que le titulaire du droit d'agrément peut voir sa responsabilité engagée quand bien même il ne refuserait pas formellement son agrément mais aurait par son comportement découragé les cessionnaires pressentis (Cass. com., 23 sept. 2014, n° 13-18.938 : JCP E 2014, 1624, note Bories).

Sanction du refus abusif ou non motivé d'agrément

Le juge a-t-il le pouvoir d'autoriser le contrat qui n'a pas été agréé par le titulaire du droit d'agrément ? Il arrive que lorsque la loi prévoit un droit d'agrément légal, elle permette de passer outre un éventuel refus par la voie judiciaire (C. civ., art. 595, al. 4 pour les baux commerciaux ou ruraux que voudrait passer un usufruitier en dépit du refus du nu-propriétaire. – C. rur. pêche marit., art. L. 411-35 pour la cession d'un bail rural). Il est clair que dans ces hypothèses, les parties ne sauraient priver le juge d'un tel pouvoir. L'agrément supplétif du juge est cependant loin d'être systématique même lorsqu'on est en présence d'un agrément légal (cession d'un bail d'habitation : L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 8. – L. n° 75-1334, 31 déc. 1975, art. 3 pour l'agrément du sous-traitant). En dehors de toute disposition législative particulière, une telle immixtion du juge dans le contrat n'est d'évidence pas possible. Si l'abus est caractérisé, la sanction consistera alors généralement en la résiliation du contrat aux torts de l'auteur du refus d'agrément ou dans le versement de dommages-intérêts. On remarquera cependant que dans l'hypothèse particulière de la cession du bail commercial accessoire à la cession du fonds de commerce lui-même, la Cour de cassation a admis la validité de la clause qui, sans interdire la cession, la soumettait à agrément (*supra*). Toutefois, afin de respecter l'esprit de la loi, la Haute juridiction a permis que le juge puisse autoriser la cession en dépit du refus d'agrément du bailleur, lorsque le refus de ce dernier avait un caractère abusif (Cass. 3^e civ., 9 mars 1967, aff. Duplain : Bull. civ. 1967, III, n° 111. – Cass. 3^e civ., 18 oct. 1989, n° 88-11.336 : Loyers et copr. 1989, n° 538), ce qui n'interdit pas le locataire de se contenter de solliciter l'attribution de dommages-intérêts (Cass. 3^e civ., 15 juin 2011, n° 10-16.244).

Sanctions

Quant à la validité du contrat de cession

Le contrat conclu en dépit de l'absence d'agrément peut être frappé de nullité. Dans une affaire où un franchisé avait cédé à un tiers son contrat de

franchisage et s'était engagé à obtenir « la régularisation » de cette cession auprès du franchiseur, la Cour de cassation a admis, en l'absence de tout agrément du cessionnaire par le franchiseur, la nullité du contrat de cession. Elle rejette en effet le pourvoi formé contre la décision des juges du fond ayant considéré que « faute d'avoir reçu l'agrément du franchiseur, la convention et son avenant étaient nuls pour défaut d'objet et absence de cause » (*Cass. com.*, 17 mai 1988, n° 87-10.115). On peut toutefois penser que, davantage que la nullité, la sanction naturelle de l'absence d'agrément est l'inopposabilité de la cession au bénéficiaire de la clause d'agrément (*en ce sens, Cass. 3^e civ.*, 19 juin 1991, n° 90-11.949). Celui-ci pourra alors se comporter comme si le contrat n'avait jamais été cédé. Cette inopposabilité n'étant pas fondée sur l'idée de fraude mais résultant seulement de ce que le contrat en cause est susceptible d'engendrer des effets de droit à l'égard de l'agréant, il est inutile de démontrer la connaissance de la clause d'agrément par le cessionnaire.

Quant à la pérennité du contrat cédé

Le non-respect de la clause d'agrément peut aussi retentir sur le contrat cédé lui-même. La Cour de cassation estime ainsi en matière de bail que le fait d'avoir cédé le contrat en violation de clause constitue une faute grave qui fonde la résiliation du bail (*Cass. 3^e civ.*, 19 juin 1991, n° 90-11.949. – *Cass. com.*, 3 nov. 1965, *aff. Braik* : *Bull. civ.* 1965, III, n° 549. – *Cass. 3^e civ.*, 30 oct. 1968, *aff. Brust* : *Bull. civ.* 1968, III, n° 431. – *Pour le non-respect d'une clause soumettant à agrément la mise en location-gérance du fonds* : *Cass. 1^{re} civ.*, 7 janv. 1992, n° 90-15.857). La disparition du contrat cédé entraîne alors nécessairement la disparition du droit du cessionnaire.

Rédaction

Modèle

« La cession du présent contrat à un tiers, quel qu'il soit, est soumise à l'agrément préalable et discrétionnaire du franchiseur [ou "bailleur", "concedant", etc.]; cela que cette cession s'opère directement ou indirectement, notamment par voie de cession de contrôle du franchisé, fusion-absorption ou autres. La demande d'agrément doit être communiquée au franchiseur par lettre recommandée avec accusé de réception. Elle s'accompagne de tous les éléments juridiques, économiques, financiers et commerciaux propres à permettre au franchiseur de prendre une décision éclairée. Dans tous les cas, l'agrément reste discrétionnaire et n'a pas à être motivé. Le franchiseur dispose alors d'un délai de ... mois à compter de sa réception pour faire connaître sa réponse dans les mêmes formes. Le silence conservé par le franchiseur au terme de ce délai vaut refus d'agrément. Toute cession opérée en l'absence d'agrément est nulle. »

Commentaire :

Le contrôle de la transmission du contrat par le créancier est davantage utile en cas de cession indirecte, par le biais d'une cession de contrôle ou d'une fusion-absorption qu'en cas de cession directe, aussi faut-il prévoir expressément que l'agrément aura vocation à jouer dans ces hypothèses.

La mention du caractère discrétionnaire de l'agrément, si elle dispense l'agréant de toute motivation d'un éventuel refus, ne le protège pas en revanche contre un refus constitutif d'un abus de droit. Mais on peut aussi évidemment rédiger la clause autrement et mettre à la charge du créancier l'obligation de motiver son refus d'agrément. D'ailleurs, on peut hésiter

à insérer dans la clause une obligation d'information à la charge du candidat à la cession et portant sur la personne de l'éventuel cessionnaire. En effet, une telle obligation semble induire que le refus d'agrément ne puisse être fonction que des éléments objectifs fournis par le concédant, et donc qu'il cesse d'être discrétionnaire. Les juges pourraient voir là une ambiguïté des termes de la clause, laquelle pourrait être alors interprétée comme ouvrant un contrôle judiciaire du refus d'agrément plus large que pour le cas du seul abus de droit. Aussi pour éviter ce risque faut-il réaffirmer le caractère discrétionnaire du droit d'agrément.

Il est utile de préciser que l'agrément ne peut être donné qu'expressément et par écrit. Certes, la Cour de cassation a pu considérer que le fait d'accepter l'exécution du contrat par le cessionnaire (en l'espèce paiement des loyers pendant environ un an) ne suffit pas à établir l'existence non équivoque d'un agrément en l'absence de tout caractère exprès (Cass. 3^e civ., 19 juin 1991, n° 90-11.949), mais tout dépend des circonstances de la cause (V. *ainsi au contraire, déduisant un consentement tacite à la cession d'un bail commercial de la perception des loyers et de la délivrance de quittances* : Cass. 3^e civ., 9 déc. 2009, n° 08-16.895) et il vaut mieux prévenir par la stipulation tout risque d'agrément tacite. Les parties sont libres de donner le sens qu'elles désirent au silence conservé par le créancier dans le délai de réponse : elles pourraient tout aussi bien prévoir qu'un tel silence vaudra agrément tacite.

On observera enfin que si, dans les contrats de distribution, la clause d'agrément protège le distributeur contre un repreneur indésirable, il est souvent tout aussi important pour lui de s'assurer du maintien de ses points de vente. Il doit donc veiller à ce que le cessionnaire du fonds de commerce du distributeur poursuive l'exécution du contrat de distribution. La clause d'agrément sera à ce titre utilement complétée par une clause de porte-fort (V. *Clause de porte-fort*).

Indications bibliographiques

RAYNARD, *La technique contractuelle au service de la pérennité du réseau de distribution* : CDE 2005, n° 3, p. 30 sq. – SIMON *et alii*, *La circulation du contrat de franchise* : LPA 9 nov. 2006, p. 30 sq. – STOFFEL-MUNCK, *Abus d'un droit contractuel : les critères du refus abusif d'agrément* : RDC 2003, p. 50 sq.